



Annotatie bij EHRM 21 juli 2011 (Heinisch / Duitsland), *Nederlandse Jurisprudentie* 2012-21/22, nr. 282, p. 3101-3109.

E.J. Dommering

1.

Mevrouw Heinisch (H) was werkzaam als geriatrisch verpleegster bij Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH ('Vivantes'), die verpleeghulp aan ouderen aanbiedt. Vivantes is een vennootschap waarvan de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door de deelstaat Berlijn. Dat maakt Vivantes tot een openbare voorziening en dat speelt een rol in de zaak. H. en haar collega's hebben er van begin 2003 tot het najaar 2004 regelmatig over geklaagd dat de inrichting understaffed was, zodat de werknemers overbelast zijn en hun werk niet naar behoren kunnen verrichten. De medische inspectie (*Medizinischer Dienst der Krankenkassen*) had dat al in 2002 geconstateerd, een bevinding die zij herhaalt bij een tweede bezoek in november 2003. Er gebeurt niets met H's klachten en in oktober 2004 meldt H. zich ziek. Haar advocaat schrijft intussen namens haar een 'brief op poten' aan de directie van Vivantes dat het een wantoestand is in de inrichting, zodanig dat er geen '*ausreichende hygienische Grundversorgung*' meer mogelijk is. Na een hernieuwd bezoek van de Inspectie, die de toestand nu matig maar niet alarmerend vindt, wijst de directie de klacht af. Daarop dient haar advocaat een strafklacht in waarin staat dat Vivantes zich over de rug van de cliënten en hun familie verrijkt door hoge prijzen te vragen voor diensten die zij niet verleent, medische rapporten vervalst en personeel intimideert. Het OM seponereert na enige tijd de strafklacht. Daarna, op 19 januari 2005, wordt H. wegens langdurige ziekte ontslagen per 31 maart 2005. Nu escaleert de zaak verder, omdat de vakbeweging het voor H. opneemt en een pamflet verspreidt waarin zij de onmiddellijke intrekking van het ontslag van H. eist. H. zorgt voor een flinke verspreiding van dit pamflet. Dit blijft niet onopgemerkt bij Vivantes, die nu ook voor het eerst van de inhoud van de strafklacht kennisneemt. H. wordt daarop op staande voet wegens dringende reden ontslagen. Het Berlijnse Arbeidsgerecht acht dat ontslag nietig, omdat de inhoud van het pamflet onder de vrijheid van meningsuiting valt en dus geen geldige dringende reden voor een ontslag op staande voet kon zijn. De appèlrechter is het daarmee niet eens, omdat de inhoud van de strafklacht (en het daarvan afgeleide pamflet) onvoldoende feitelijke grondslag heeft. De appèlrechters vinden dat H. lichtvaardig beschuldigingen heeft geuit. Het indienen van de strafklacht was bovendien prematuur, omdat de Inspectie een nader onderzoek had aangekondigd.

2.

In zijn motivering van de gegrondheid van de klacht in Straatsburg leunt het Hof zwaar op de Moldavische klokkenluiderszaak (overweging 63). Ik verwijs naar de annotatie van Alkema in die zaak (EHRM 12 februari 2008, NJ 2008/305). Daarnaast speelt de klokkenluidersresolutie van de Assemblee van de Raad van Europa een grote rol (resolutie 729-2010, opgenomen in overweging 37 van het arrest). Deze resolutie waarschuwt in par. 6.1.3.1. voor ontslag uit de dienstbetrekking van werknemers die kritiek hebben geuit op interne toestanden op hun werk of tegen bepaalde handelingen van hun werkgever. Ook in de zaak van H. tilt het Hof zwaar aan de vrijheid van meningsuiting, maar deze moet tegen andere belangen worden afgewogen.

3.

De afwegingsfactoren zijn:

- a. De uit de arbeidshouding voortvloeiende verschuldigde trouw en discretie jegens de werkgever, die met zich meebrengt dat de werknemer openbaarmaking van informatie slechts als ultimum remedium mag toepassen; in dit verband is ook van belang of er in het nationale recht klokkenluidersprocedures bestaan, waarlangs de grieven kunnen worden geuit (overwegingen 65 en 75);
- b. Het moet gaan om een zaak van publiek belang (66);
- c. De betrouwbaarheid van de informatie waarover de klokkenluider beschikt (overwegingen 66-67);
- d. De vraag of de werknemer te goeder trouw en niet uit wraak handelt (overweging 67-96);
- e. De schade aan de reputatie van de werkgever. Het maakt daarbij verschil of het om een overheidsbedrijf of een particulier bedrijf gaat (overweging 68 en 89);
- f. De zwaarte van de sanctie die tegen de werknemer is toegepast (overweging 70).

4.

Dat het ontslag op staande voet wegens dringende reden een te zware sanctie is, verwondert niet. Ook bij een 'normaal' ontslag is het een paardenmiddel. Bij de overige afwegingsfactoren valt het op dat het Hof zijn beoordeling van de feiten zonder veel terughoudendheid in de plaats stelt van de nationale rechters. Op afstand kijkend naar de acties van H. en de in stevige bewoordingen gestelde strafklacht, krijg je de indruk dat het allemaal 'wel een tandje minder' had gekund. Niettemin tikt het EHRM de nationale rechters op de vingers. Dat betekent dat

arbeidsrechters bij 'uitingsontslagen' zorgvuldig te werk zullen moeten gaan en het lijstje met afwegingsfactoren nauwgezet zullen moeten aflopen.